

Quantidade de drogas pode servir só para modular redutor de pena

28/04/2022

A quantidade e a natureza das drogas apreendidas com um réu por tráfico podem ser usadas para modular a causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, desde que não tenham sido consideradas para aumentar a pena-base.

macor



Quantidade de drogas basta para afastar redutor do tráfico privilegiado, desde que não usada para aumentar a pena-base
macor

Esse é o novo entendimento da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, fixado em julgamento de Habeas Corpus na tarde desta quarta-feira (27/4). A posição marca uma redefinição dos parâmetros de dosimetria da pena, feita pelo colegiado.

O tema do uso da quantidade e da natureza das drogas tem sido de idas e vindas na jurisprudência brasileira, de maneira geral muito por causa de falta de especificações no texto da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

Quando alguém é condenado por tráfico, o artigo 42 indica que sejam consideradas "com preponderância" a natureza e a quantidade das drogas apreendidas na fixação da pena-base, medida feita na primeira fase da dosimetria.

A segunda fase marca a análise das circunstâncias que podem atenuar ou agravar a causa, previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal. E na terceira fase incidem as causas de aumento ou diminuição de pena. Entre elas está o chamado "tráfico privilegiado".

Trata-se de redutor de pena previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas e que permite ao juiz diminuir de um sexto a dois terços a pena daqueles considerados pequenos traficantes, desde que sejam primários, de bons antecedentes e não integrem organização criminosa.

Se o juiz usa a quantidade de drogas para aumentar a pena-base na primeira fase da dosimetria e também para impedir a aplicação do redutor de pena — pois só teria acesso a muito entorpecente quem integra organização criminosa —, ocorre o *bis in idem*, quando um mesmo fato leva a duas punições para o réu, medida a ser evitada.

Sergio Amaral



Adequação da jurisprudência foi proposta em voto do ministro Ribeiro Dantas
Sergio Amaral

Qual caminho seguir?

Em 2014, o Supremo Tribunal Federal [definiu](#), sob o sistema da repercussão geral, que a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido em condenações por tráfico de drogas devem ser consideradas em apenas uma das fases da dosimetria da pena.

Essa tese passou a ser interpretada de maneira dispersa no Judiciário brasileiro — [inclusive no STJ](#), com julgados [em sentidos diferentes](#) ao longo dos anos.

Em junho de 2021, a 3ª Seção [chegou a um esperado consenso](#), em acórdão relatado pelo ministro João Otávio de Noronha. Fixou que a natureza e a quantidade de drogas são fatores a serem necessariamente considerados no estabelecimento da pena-base do delito de tráfico de drogas. E que seu uso na terceira fase da dosimetria, para afastar o redutor do chamado tráfico privilegiado, só pode ocorrer quando for conjugado com outras circunstâncias, que, juntas, caracterizam a dedicação do agente à atividade criminosa.

Naquele julgamento, os próprios ministros já identificaram um problema: réus que tenham sido presos com quantidades altíssimas de drogas teriam a pena-base aumentada, mas depois fatalmente seriam beneficiados com aplicação do tráfico privilegiado na fração máxima, caso não houvesse nenhum outro impeditivo à sua aplicação.

A consequência é que, meros quatro meses mais tarde, a tese passou a ser mitigada pelo próprio STJ. Na 5ª Turma, o ministro Ribeiro Dantas [propôs a revisão](#) desse entendimento no HC 685.184. Depois, o ministro Joel Ilan Paciornik fez coro em voto-vista no REsp 1.985.297.

Gláucio Dettmar/Agência CNJ



Para ministro Noronha, quantidade de droga só pode ser usada na 1ª fase da dosimetria
Gláucio Dettmar/Agência CNJ

Para esclarecer de vez

Nesta quarta-feira, o ministro Ribeiro Dantas lançou nova tese: é possível a valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida tanto para fixação da pena-base quanto para modulação da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas. No entanto, cabe ao juiz escolher uma ou outra possibilidade.

A maioria acompanhou a proposta. O desembargador convocado Jesuíno Rissato destacou que a lei impõe a escolha da fração para redução de pena, mas deixa de informar qual critério deve ser usado. "A jurisprudência e o juiz podem estabelecer os critérios. Penso que a quantidade poderia servir como um deles, além de outros", disse.

"Não vejo empecilho em usar quantidade de drogas como critério para modular a fração de redução de pena. Senão vamos tratar situações absolutamente diferentes de forma idêntica: aplicar o mesmo redutor de dois terços a quem foi pego com 10 gramas ou com 500 quilos", concordou o ministro Sebastião Reis Júnior.

Para o ministro Schietti, essa é a posição mais razoável. O voto do relator foi acompanhado também pelos ministros Joel Ilan Paciornik e Laurita Vaz.

Voto vencido

Ficou vencido o ministro João Otávio de Noronha, que abriu a divergência ao propor a manutenção da tese firmada pela 3ª Seção apenas seis meses atrás. Para ele, natureza e quantidade de drogas devem ser consideradas com preponderância na fixação da pena base.

Sergio Amaral



Reis Júnior defende uso de quantidade de droga para modular redução de pena
Sergio Amaral

"Senão, qual o sentido do termo 'preponderante' no artigo 42 da Lei de Drogas? É na primeira fase que quantidade e natureza de drogas têm que ser consideradas para fixar a pena. E aí não pode mais modular, senão vamos cair no *bis in idem*", disse ele.

Essa posição também tem um componente sistêmico. Quando alguém é preso com grande volume de drogas, o julgador tende a impor uma pena mais alta. Permitir que indivíduos primários e sem relações com organizações criminosas não tenham suas penas reduzidas — além do regime de cumprimento de penas suavizado — pode jogá-los para as facções que dominam as prisões.

"Nesses casos de tráfico privilegiado, o rigor judicial no combate às drogas torna o efeito do remédio mais deletério que a própria doença. O papel do Judiciário na luta contra as drogas é de garantidor dos direitos individuais, da racionalidade e da coerência no sistema penal", afirmou o ministro Noronha. Ele foi acompanhado pelo desembargador convocado Olindo Menezes.

Caso concreto

O caso trata de réu primário, de bons antecedentes e sem ligação com organizações criminosas, que foi pego transportando quase 150 quilos de maconha entre dois estados. O Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a aplicação do redutor de pena por entender que só um verdadeiro traficante teria acesso a essa quantidade de entorpecente.

No STJ, a decisão final da 3ª Seção determinou a aplicação do tráfico privilegiado, mas na fração mínima de um exto. A pena restou em quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão, e o regime inicial foi abrandado para o semiaberto.

HC 725.534

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-abr-28/quantidade-drogas-servir-modular-redutor-pena/>